

La prohibition des pratiques discriminatoires face à l'émergence de l'économie collaborative

Alexis Aubry



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2826>

DOI : [10.4000/revdh.2826](https://doi.org/10.4000/revdh.2826)

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Alexis Aubry, « La prohibition des pratiques discriminatoires face à l'émergence de l'économie collaborative », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 11 | 2017, mis en ligne le 03 janvier 2017, consulté le 08 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2826> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.2826>

Ce document a été généré automatiquement le 8 juillet 2020.

Tous droits réservés

La prohibition des pratiques discriminatoires face à l'émergence de l'économie collaborative

Alexis Aubry

- 1 Ahmed², jeune universitaire français d'origine maghrébine, voyage régulièrement. En effet, ses obligations professionnelles sont telles qu'il est amené à se déplacer sur l'ensemble du territoire européen. Vu les couts d'hébergement hôtelier élevés, il s'est intéressé à la possibilité d'utiliser la plateforme Airbnb et de séjourner chez un particulier à frais moindres. L'an dernier, lors d'un déplacement à Nice, il a décidé de tenter l'expérience. Il s'est donc créé un compte comprenant ses informations personnelles ainsi qu'une photo de profil, tel qu'exigé.
- 2 Étonnamment, malgré les nombreuses offres affichées sur la plateforme, il a eu beaucoup de difficulté à trouver une personne prête à l'accueillir. La majorité d'entre elles n'ont simplement pas répondu à sa demande. Quant aux autres, elles l'ont informé que la chambre n'était pas disponible pour les dates désirées, en dépit de ce qu'affichait l'annonce. Après avoir rencontré ce problème à plusieurs reprises, Ahmed et sa conjointe réservent désormais sous le nom de cette dernière, qui est d'origine française. Curieusement, il devient alors plus aisé de trouver de l'hébergement. Lorsqu'il se déplace seul, il préfère utiliser les complexes hôteliers plutôt que d'avoir à vivre ce qu'il considère être du profilage racial.
- 3 Ahmed ne fait pas figure d'exception. De plus en plus, les Français se laissent tenter par l'attrait financier que font miroiter ces nouvelles économies dites « collaboratives ». Nul besoin, aux fins de la présente analyse, d'entrer dans les controverses terminologiques. Retenons simplement deux des définitions généralement répandues caractérisant celles-ci comme un « système économique fondé sur le partage de biens et services, gratuitement ou non, directement entre particuliers »³ ou encore comme des « réseaux d'individus et de communautés connectées, par opposition à des institutions centralisées, et qui transforment la manière dont nous produisons, consommons, finançons et apprenons »⁴.

- 4 Qu'il s'agisse de se déplacer, de se loger, de se nourrir, de s'habiller, de se faire aider ou encore d'obtenir du financement, vous trouverez une plateforme collaborative pour répondre à vos besoins. Plus de 89 % des Français affirment avoir déjà réalisé une pratique de consommation collaborative⁵. Avec un chiffre d'affaires de 2,5 milliards de dollars et la création de 13 000 emplois⁶, la France fait partie du trio de tête où cette économie s'est le plus développée⁷. Cette émergence ne s'est évidemment pas faite sans heurts. Partout sur la planète, elle a soulevé les passions et a contraint les différents acteurs de la société à repenser les rapports sociaux. La présente étude se concentrera sur un aspect juridique circonscrit qui a lui aussi émergé de cette nouvelle économie : la propension aux pratiques discriminatoires.
- 5 Sans discuter de sa légitimité, débat toujours houleux à l'heure actuelle, nous nous questionnerons sur la suffisance des mécanismes de protection contre la discrimination face aux risques que comporte cette économie émergente. L'objectif n'est pas ici de démontrer, via une étude empirique, l'existence de telles pratiques discriminatoires, mais plutôt de mettre en exergue le risque bien réel associé à cette nouvelle économie (I) et de se questionner sur l'applicabilité (II) et l'efficacité (III) des moyens permettant d'en contrer la concrétisation. Autrement dit, les mécanismes de protection contre la discrimination sont-ils adaptés à la nouvelle réalité proposée par les Airbnb⁸, Uber⁹ et BlaBlaCar¹⁰ de ce monde ?

I Les risques de discrimination associés à l'économie collaborative

- 6 Si l'économie collaborative « n'est pas un effet de mode »¹¹ et « [qu'] il y a un quasi-consensus parmi les universitaires, les acteurs économiques et l'industrie des nouvelles technologies à l'effet qu'elle poursuivra son expansion »¹², il est primordial de cibler les risques pouvant y être associés. L'un d'eux, moins traité en France, est le fait que ces plateformes constituent un terrain fertile pour les pratiques discriminatoires. Compte tenu du rôle central que joue la confiance (A), les plateformes collaboratives sont propices aux préjugés et stéréotypes (B). En effet, de manière intentionnelle ou non, une personne affichant une de ses chambres sur Airbnb pourrait être amenée à préférer une « Amélie » plutôt qu'un « Ahmed ». De la même façon, un conducteur d'Uber pourrait privilégier une personne en bonne santé plutôt qu'une personne en situation de handicap physique ou mental.

A Le rôle central de la confiance

- 7 Ayant pour objet la fourniture de biens et services entre particuliers inconnus ayant peu de chance d'entrer à nouveau en relation, le rôle de la confiance est un élément essentiel à la viabilité de l'économie collaborative. Les utilisateurs doivent être en mesure de faire confiance tant au particulier avec lequel ils transigent qu'avec la plateforme agissant à titre d'intermédiaire. Alors que nous avons parfois de la difficulté à faire confiance à notre propre entourage, comment parvenir à créer un tel lien entre des étrangers habitants aux quatre coins du globe ?
- 8 Généralement, une personne désirant bénéficier du service de mise en relation offert par les différentes plateformes (notamment Uber, AirBnB et BlaBlaCar) devra tout

d'abord se créer un profil personnel comprenant diverses informations tels son nom, sa photo ainsi que sa ville de résidence¹³. Une fois cette exigence complétée, elle aura accès aux offres de service (transport, hébergement, etc.) proposées par les autres membres de la plateforme. Après avoir sélectionné celle lui convenant le mieux, une notification de la demande sera transmise au particulier fournisseur de service. Ce dernier aura alors la possibilité de consulter l'ensemble des informations personnelles contenues sur le profil de la demandeuse. En fonction de ces éléments, il lui sera loisible d'accepter ou de refuser discrétionnairement la demande. Suite à l'exécution du service, tant le fournisseur que le bénéficiaire seront invités à procéder à une évaluation mutuelle que pourra ensuite consulter l'ensemble des membres de la plateforme.

- 9 L'on remarque ainsi qu'en plus d'utiliser un mécanisme de notation bilatérale robuste, les différentes plateformes ont convergé vers un « système favorisant l'affichage de profils plus révélateurs qui réduisent l'anonymat des utilisateurs »¹⁴. Certaines vont d'ailleurs jusqu'à vérifier l'exactitude de la photo de profil soumise ou encore exigent d'afficher son profil Facebook ou LinkedIn sur la plateforme¹⁵. Les motivations invoquées sont diverses. Airbnb, par exemple, souligne que la publication d'un profil personnel « est un bon moyen pour les autres de vous connaître avant une réservation ou un hébergement. Un profil bien complété montre aux autres membres que vous êtes une personne fiable [...]. En clair, plus votre profil est complet, plus vous aurez de réservations ! »¹⁶.
- 10 S'adressant aux chauffeurs, Uber insiste quant à lui sur le fait qu'il n'y a « pas de prises en charge anonymes. [...] Ainsi, lorsque vous [les chauffeurs] acceptez une commande, vous savez qui vous allez prendre en charge »¹⁷. De plus, il est indiqué, à l'intention des passagers, « assurez-vous d'avoir complété votre profil avec une photo de votre visage souriant ! Cela permet aux chauffeurs de voir à quel point vous êtes amical avant même de passer vous prendre »¹⁸. Enfin, du côté de BlaBlaCar, l'on attire l'attention des membres sur le fait qu'il est « important et tout simplement rassurant de voir les personnes avec qui l'on va voyager »¹⁹. Ajoutant « [qu'] en moyenne, les utilisateurs avec photo sont 3 fois plus contactés ! C'est pourquoi nous incitons réellement les utilisateurs à ajouter une photo sur leur profil »²⁰. Enfin, l'on conseille d'ajouter certaines informations biographiques. Selon la plateforme, c'est ce qui « donnera envie aux autres membres de voyager avec vous ! »²¹.
- 11 Les exemples tirés des sites web de ces trois plateformes ne sont pas isolés. Il s'agit d'une pratique répandue au sein des nouvelles économies collaboratives proposant la fourniture de services. Intériorisant cette attente, les membres d'Airbnb ont eux-mêmes souligné que « la photo de profil est le prérequis le plus fondamental afin d'entamer le processus de réservation »²². Quelle est l'utilité d'un tel mode de fonctionnement ? Si l'affichage des évaluations permet effectivement d'augmenter la confiance des membres, il en va autrement des informations personnelles. Juger de la confiance d'un inconnu en se fondant sur son faciès, son patronyme ou ses informations personnelles revient à exacerber les amalgames et jugements préconçus qui structurent la conscience collective²³.

B La propension aux préjugés et stéréotypes

12 Récemment, aux États-Unis, le journaliste Shankar Vendantam a publié sur son compte Twitter la question suivante : « Comment se déroule l'utilisation d'Airbnb lorsqu'on est noir ? »²⁴ . Le message était accompagné du mot-clé « #AirbnbWhileBlack ». Rapidement, il est devenu viral et un important reportage a été consacré à ce sujet sur la National Public Radio. L'importance de ce phénomène est telle que les grands journaux s'y sont également intéressés en publiant des dossiers complets sur le sujet²⁵. Le milieu universitaire, tant à l'international (1) qu'en France (2), s'est lui aussi penché sur la problématique de la discrimination dans l'accès aux biens et services et les récentes études tendent à confirmer qu'il s'agit bel et bien d'une pratique répandue.

1) à l'international

13 À l'été 2015, les professeurs Edelman et Luca ont mené une large étude sur la discrimination entre utilisateurs de la plateforme Airbnb²⁶. Plus de 6400 utilisateurs dans cinq différentes villes américaines ont été contactés. La conclusion de leur article est sans équivoque, « globalement, nous trouvons une discrimination répandue à l'encontre des Afro-Américains »²⁷. À cet égard, ils constatent que ces derniers reçoivent 16 % moins de réponses positives que les membres de couleur blanche²⁸. Qui plus est, « le nom afro-américain féminin ayant reçu le plus de réponses positives (Tamika) en a tout de même reçu moins que le nom blanc féminin ayant reçu le moins de réponses positives (Kristen). »²⁹. De la même manière, « le nom afro-américain masculin ayant reçu le plus de réponses positives (Darnell et Rasheed) en a tout de même reçu moins que le nom blanc masculin ayant reçu le moins de réponses positives (Brad). »³⁰ Ainsi, selon les auteurs, non seulement la discrimination persiste, mais celle-ci peut être exacerbée par ces nouvelles plateformes³¹.

14 Une seconde étude est également venue à la conclusion que les informations personnelles et la photo de profil « peuvent faciliter la discrimination fondée sur la race, le genre, l'âge ou d'autres aspects de l'apparence »³². En effet, les résultats indiquent que les hôtes de couleur noire de la plateforme Airbnb obtiennent 12 % moins d'argent que les autres pour un appartement et des évaluations similaires.³³ Bien que mis en lumière depuis peu, ce constat est partagé par plusieurs autres chercheurs. Dayne Lee souligne par exemple, dans la Harvard Law and Policy Review, que les « utilisateurs issus de minorités ethniques se font systématiquement refuser par les hôtes de la plateforme Airbnb »³⁴. À son avis, « Airbnb facilite la discrimination systémique et réduit l'intégration des minorité »³⁵. Michael Todisco évoque lui aussi, dans la Stanford Law Review Online, que « des préjugés raciaux sont omniprésents parmi les utilisateurs d'Airbnb »³⁶.

15 Enfin, dans un article très récent, la professeure Nancy Leong rapporte les propos d'une journaliste du New York Times qui affirme que « comme les conducteurs peuvent refuser des passagers pour n'importe quelles raisons, il n'y a aucune possibilité de savoir si c'est en raison de vos évaluations, de votre nom (à partir duquel votre origine ethnique peut être inférée) ou du quartier dans lequel vous habitez »³⁷. La professeure Leong ajoute que la publication de certaines informations personnelles accessoires :

16 « ouvre la porte à la discrimination de la part des fournisseurs de services qui décident si un bénéficiaire peut rester dans leur résidence ou être transporté dans leur voiture.

Cette particularité créer le risque qu'un fournisseur refuse tout simplement le service en se fondant sur la race du bénéficiaire – ou encore en ne répondant tout simplement pas au demandeur de service d'une origine ethnique qu'il n'aime pas. Similairement, des études ont suggéré que les photos de profil des membres facilitent la possibilité pour les fournisseurs d'identifier l'origine ethnique et de discriminer. Par conséquent, la discrimination ne fait pas simplement qu'apparaître, mais est perpétuée dans l'économie collaborative compte tenu du mécanisme routinier établi pour augmenter la confiance »³⁸.

- 17 Ces résultats sont conséquents avec une étude très médiatisée concluant que « les noms généralement associés à des personnes de couleur blanche reçoivent 50 % plus de retours d'appel pour des entrevues d'embauche que celles ayant un nom associé à la culture afro-américaine »³⁹. Par ailleurs, les risques d'inégalité de traitement ne se limitent pas aux enjeux ethniques. En matière d'orientation sexuelle par exemple, une nouvelle plateforme collaborative d'hébergement s'adressant à la clientèle homosexuelle (MisterBnB) a été créée spécifiquement pour contrer les comportements homophobes de certains hôtes d'Airbnb. Enfin, des auteurs ont également soulevé certaines préoccupations concernant l'accessibilité des personnes en situation de handicap⁴⁰, alors que certaines plateformes refusent toujours de dévoiler leurs données ou leurs plans d'action à ce sujet.

2) en France

- 18 Aucune étude empirique française n'a été effectuée à propos de la discrimination dans les nouvelles économies collaboratives⁴¹. Comme mentionné précédemment, notre objectif n'est pas ici de produire une telle étude, mais de mettre en exergue les risques bien réels et de se questionner sur la suffisance des moyens permettant de contrer leur concrétisation. À cet égard, non seulement les dangers que comporte l'exigence d'afficher une multitude d'informations personnelles s'appliquent de manière analogue, mais rien n'indique que la France fasse figure d'exception et soit exempte des amalgames, préjugés et stéréotypes qui gangrènent les sociétés à travers le monde.
- 19 De manière similaire à ses collègues américains, le professeur Jean-François Amadiou a procédé à l'envoi de plus de 6 500 curriculum vitae afin de comparer le traitement des candidats à l'embauche ayant un patronyme « français de souche » de ceux généralement associés à la culture maghrébine⁴². Le résultat est frappant : « le fait de porter un nom et prénom d'origine maghrébine déclenche une discrimination significative »⁴³. En effet, bien que son curriculum vitae soit supérieur aux autres, le candidat au patronyme maghrébin « obtient trois fois moins de réponses positives que les candidats de référence [au patronyme français] »⁴⁴. Les chances d'obtenir un entretien d'embauche pour les personnes d'origine maghrébine sont ainsi « divisées par trois en moyenne »⁴⁵.
- 20 Ce constat est partagé par le sociologue Philippe Bataille qui relève « la sous-employabilité des jeunes d'origine étrangère, alors qu'ils ont bien souvent effectué leur parcours scolaire en France et qu'ils ont atteint des niveaux élevés de diplômes »⁴⁶. Il est d'ailleurs intéressant de constater que c'est « parmi cette population des Franco-Maghrébins que se rencontreraient actuellement le plus de candidats au changement de nom »⁴⁷. C'est entre autres ce qui a amené la professeure Marie-Anne Valfort à dire « [qu'] en France, la pénalité subie par les hommes musulmans pour l'accès à l'emploi

est six fois supérieure à celle rencontrée par les Afro-Américains par rapport à leurs homologues blancs aux États-Unis »⁴⁸.

- 21 Ces différences de traitement ne sont pas restreintes au domaine de l'emploi. Comme le rapporte la professeure Eva Menduïña Gordon, il est reconnu que le « logement est un domaine considéré comme étant traditionnellement sujet à discrimination »⁴⁹ en France. À cet égard, l'*Institut national de la consommation* a mené un « testing » révélant « qu'à revenu égal, le candidat s'exprimant avec un accent maghrébin ou africain a essuyé le plus grand nombre de refus pour obtenir un rendez-vous auprès d'une agence immobilière (33 %) »⁵⁰. De même, « le candidat à l'accent étranger devra fournir quatre fois plus de justificatifs que le candidat de référence »⁵¹. Enfin, les Français eux-mêmes « déclarent toujours davantage que dans la moyenne des autres pays européens que les discriminations sont répandues dans la société en général [et] ils sont beaucoup moins nombreux que dans les autres pays à penser que l'on fait assez d'efforts pour lutter contre la discrimination »⁵².
- 22 Si les nouvelles économies collaboratives ne sont pas un effet de mode dans la société française⁵³ et qu'elles occuperont plus de 50 % des offres d'hébergement, de transport ou autres d'ici 2025⁵⁴, il est primordial de prendre les moyens nécessaires pour ne pas que de tels risques de discrimination se concrétisent. L'on comprend parfaitement la propension légitime des gens à vouloir obtenir un maximum de renseignements avant d'accepter de transporter ou d'héberger un inconnu. Cependant, il semble également nécessaire d'exercer une certaine prudence afin de ne pas requérir des informations accessoires ayant comme seul effet de mettre sur un plateau d'argent la possibilité de faire jouer les préjugés et stéréotypes. La recherche de la confiance ne doit pas devenir un prétexte permettant l'amplification des pratiques discriminatoires.

II L'application de la prohibition des pratiques discriminatoires aux acteurs de l'économie collaborative

- 23 Pilier de la devise républicaine, le principe d'égalité « entretient un rapport consubstantiel avec l'idée même de démocratie, dans la mesure où celle-ci peut se définir par l'égalité participation des citoyens à la vie de la cité »⁵⁵. Il constitue le substrat de l'idéal démocratique en ce qu'il découle de la reconnaissance de la « spécificité de la nature humaine, qui conduit à admettre l'égalité de tous les êtres humains »⁵⁶. De ce principe découle la protection contre les pratiques discriminatoires qui « apparaît comme une expression spécifique du principe général d'égalité »⁵⁷.
- 24 La meilleure compréhension que l'on puisse avoir de la discrimination se trouve dans l'observation de ses manifestations. Dans son expression par paroles et gestes, elle est la manifestation directe du refus d'admettre les différences entre les êtres humains. Dans ses expressions plus indirectes et souvent inconscientes, elle révèle une attitude d'incompréhension des personnes qui ne sont pas reconnues comme semblables, ce qui entraîne le refus de composer avec leurs différences⁵⁸. En droit interne français, « le cœur du dispositif antidiscriminatoire se trouve dans le droit pénal »⁵⁹. Évidemment, certaines autres lois peuvent également comporter des dispositions particulières s'y

rattachant⁶⁰. Toutefois, force est de constater que « tous les domaines autres que celui de l'emploi demeurent soumis au Code pénal »⁶¹.

- 25 Dans cette seconde partie, nous tenterons de mettre en relation les risques de discrimination liés à l'émergence de l'économie collaborative et le délit pénal pouvant y être associé. Autrement dit, le système français de protection contre la discrimination offre-t-il un dispositif permettant aux utilisateurs de l'économie collaborative de faire valoir leurs droits, tant contre le particulier que contre la plateforme collaborative ? Pour y répondre, nous examinerons successivement les conditions d'application de la prohibition pénale de discrimination (A) et les possibles limitations de responsabilité des plateformes électroniques (B).

A Les conditions d'application de la prohibition pénale de discrimination

- 26 Ce sont les articles 225-1 à 225-4 du Code pénal qui prévoient l'infraction de discrimination. L'article 225-1 définit la discrimination comme étant une « distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. »
- 27 Cependant, toute différence de traitement fondée sur l'un de ces motifs n'est pas pénalement punissable. En effet, ce motif doit au surplus « avoir inspiré l'un des agissements énumérés par l'article 225-2 »⁶² :
- 28 (1) A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;
- 29 (2) A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;
- 30 (3) A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;
- 31 (4) A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 [...] ;
- 32 (5) A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1
- 33 (6) A refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par [...]
- 34 Dans l'optique de déterminer si l'infraction pénale de discrimination peut s'appliquer tant à l'égard du particulier fournisseur de service que de la plateforme collaborative, nous préciserons tout d'abord les personnes qui y sont assujetties (1). Une fois cet élément établi, il sera question de la charge de la preuve (2) devant être rencontrée pour entraîner une condamnation et, enfin, des moyens de défense (3) pouvant être soulevés afin de justifier la différence de traitement.

1 Les personnes assujetties

- 35 Est-il possible de soulever la responsabilité pénale non seulement du particulier fournisseur de service, mais également de la plateforme elle-même ? Peuvent en

principe être condamnées tant les personnes physiques que morale⁶³. Et rien n'empêche qu'elles le soient simultanément. Évidemment, les personnes physiques n'ont aucune raison d'être écartées. Quant aux personnes morales, l'article 225-4 dispose expressément de cette possibilité en ajoutant des peines particulières aux « personnes morales déclarées responsables pénalement ». Cependant, l'article 121-2 précise que l'infraction doit impérativement avoir été accomplie, pour le compte de l'entité, par l'un de ses organes ou représentants⁶⁴.

- 36 Qu'est-ce qu'un « organe ou représentant » d'une personne morale ? Tout d'abord, concernant la notion d'organe, les tribunaux ont reconnu qu'il pouvait s'agir tant d'organes individuels (tels le président et les administrateurs) que collectifs (tels le conseil d'administration et le conseil exécutif)⁶⁵. Cependant, dans tous les cas, il est essentiel que celui-ci soit « investi du pouvoir de direction ou de gestion de la personne morale ou encore du pouvoir de l'engager juridiquement »⁶⁶. Quant à la notion de représentant, elle « peut aussi bien désigner les personnes qui ont la possibilité d'agir au nom de la personne morale que celles à qui des textes spéciaux confient le soin d'agir pour le compte de ladite personne morale »⁶⁷.
- 37 Si tant est que des mécanismes, décisions ou politiques discriminatoires émanent des représentants ou organes des plateformes collaboratives, la responsabilité de ces dernières pourrait donc être engagée. Toutefois, ce ne saurait être le cas pour les actes discriminatoires spécifiques des particuliers fournisseurs de service. En effet, ces derniers ne sont pas « investis du pouvoir de direction » et n'ont pas la « possibilité d'agir au nom » des Airbnb, Uber, BlaBlaCar et autres plateformes collaboratives. Dès lors, un premier obstacle se dresse devant la possibilité de faire condamner pénalement les plateformes collaboratives, à moins que les pratiques reprochées proviennent effectivement des organes ou représentants eux-mêmes⁶⁸.

2 La charge de la preuve

- 38 Compte tenu de la présomption d'innocence qui s'applique au domaine pénal, « il incombe à la partie poursuivante de démontrer d'une part l'un des actes incriminés et, d'autre part le motif discriminatoire. »⁶⁹ Ainsi, la charge de la preuve incombera entièrement au poursuivant. Comme dans la majorité des infractions pénales, celle prohibant les discriminations se compose d'un élément matériel (a) et d'un élément intentionnel (b). Analysons chacun d'eux.

a) Un élément matériel

- 39 L'élément matériel du délit de discrimination peut être défini comme une distinction consistant à l'une des situations décrites à l'article 225-2. Dans le contexte de l'économie collaborative, notre attention portera plus spécifiquement sur le fait de « refuser la fourniture d'un bien ou d'un service » ou de « subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1. » Autrement dit, le poursuivant devra être en mesure d'établir qu'il a fait l'objet d'une distinction consistant à lui refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ou encore à subordonner celle-ci à un motif prohibé de discrimination. L'offre de service que proposent les plateformes collaboratives peut-elle entrer sous le coup de la notion pénale de « bien ou service » ?

40 Ayant été interprétée de façon relativement large⁷⁰, celle-ci inclut « toutes les conventions ayant un tel objet, c'est-à-dire concrètement la totalité des activités économiques. »⁷¹ Qui plus est, le texte de l'article 225-2 ne distingue pas entre les professionnels et les particuliers. Il ne le fait pas non plus entre les actes à titre gratuit et onéreux.⁷² Il semble donc que l'offre de service que proposent les utilisateurs des plateformes collaboratives peut effectivement entrer sous le coup de la notion de bien ou de service. Lorsqu'un particulier offre un hébergement ou un transport sur les plateformes Airbnb, Uber ou BlaBlaCar, il doit minimalement afficher ses informations personnelles, le coût du service offert ainsi que ses disponibilités. Il s'agit assurément d'une proposition de service publique et constitutive d'une valeur pécuniaire ou d'un avantage.

b) Un élément intentionnel

41 L'article 121-3 du Code pénal dispose qu'il « n'y a point de délit sans intention de le commettre. » De même, il est prévu à l'article 225-1 que la distinction doit avoir été faite « à raison » de l'un des motifs illicites de discrimination. Ainsi, « l'élément intentionnel [...] consiste dans la volonté discriminatoire. La seule conscience de se livrer à des agissements discriminatoires ne suffit pas à caractériser l'élément intentionnel »⁷³. Ce lourd fardeau peut être rencontré en présence de faits univoques démontrant le type d'intention exigé⁷⁴. Cependant, cette situation est relativement rare. Il s'agirait par exemple d'un cas où le particulier offrant un transport sur la plateforme BlaBlaCar (ou encore les organes ou représentants de cette personne morale) divulguerait le motif illicite à l'origine de la pratique reprochée. Dans la majorité des cas, le caractère cabalistique des motifs entraîne des embûches probatoires. Comment parvenir à établir cette intention sans élément univoque ?

42 Conscient de cette difficulté, le législateur a introduit l'article 225-3-1 qui vient reconnaître la possibilité de recourir à la méthode du « testing ». Celle-ci consiste à soumettre une candidature fictive suite au refus d'une candidature réelle dont on soupçonne le caractère discriminatoire⁷⁵. La candidature factice comporte des attributs équivalents au réel postulant, mis à part l'un des motifs prohibés de discrimination. L'on comparera ensuite le comportement du fournisseur de service. Si le candidat fictif obtient un résultat positif, alors que ce n'est pas le cas pour le candidat réel, l'on pourra utiliser cette preuve afin de rencontrer l'élément intentionnel du délit de discrimination.

43 Toutefois, compte tenu de l'intention spécifique requise par le Code pénal, la seule preuve par testing n'est pas suffisante. En effet, « il semble que ce procédé n'ait pas une réelle incidence tant qu'il n'est pas corroboré par d'autres éléments lui donnant force et crédit »⁷⁶. Ce n'est pas parce qu'un particulier au nom d'Ahmed subit un refus sur la plateforme Airbnb et qu'un second, fictif cette-fois, au nom de Julien est accepté qu'il y a nécessairement discrimination à *raison* du patronyme. Et cela est d'autant plus évident dans le cadre de la condamnation des plateformes collaboratives elles-mêmes, alors que le poursuivant doit impérativement établir cet élément intentionnel à l'égard des « organes ou représentants » de ces dernières⁷⁷.

c) Les moyens de défense

- 44 Une fois la preuve du poursuivant close, l'auteur de la présumée discrimination aura tout de même la possibilité de réfuter les allégations de la partie poursuivante ou encore d'utiliser certains moyens de défense. Nous nous concentrerons ici sur cette seconde possibilité. L'article 225-3 du Code pénal dispose de six situations où, bien qu'il y ait eu différence de traitement fondée sur un motif illicite de discrimination, il n'y a pas de condamnation possible. Toutefois, ces circonstances sont difficilement applicables au domaine de l'économie collaborative. Seule l'exception de « dangerosité manifeste »⁷⁸ pourrait être utile dans la circonstance très précise du particulier offrant un service de transport sur la plateforme Uber qui refuserait de se rendre dans un quartier hautement violent.
- 45 Se pose alors la question de savoir s'il existe d'autres possibilités de justifier le délit de discrimination. En 1972, lors de son introduction au Code pénal, il était expressément prévu que l'infraction de discrimination se caractérisait par « toute personne fournissant ou offrant de fournir un bien ou un service qui, sauf motif légitime, l'aura refusé à raison de l'origine [...] »⁷⁹ Ainsi, il était possible de reconnaître qu'une différence de traitement désavantageuse a été faite à raison d'un motif prohibé, mais que celle-ci était légitimée par des considérations sécuritaires par exemple. Or, lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal en 1994, la notion de « motif légitime » a été retirée du texte prohibant la discrimination⁸⁰. Doit-on interpréter cette modification comme visant à supprimer la possibilité de justifier une pratique discriminatoire par un motif légitime ?
- 46 L'on ne peut donner une réponse définitive à cette interrogation. D'une part, compte tenu du fait qu'une modification législative est généralement faite en vue d'introduire un changement dans la signification du texte, certains auteurs soulignent que « si l'on considère l'évolution des textes, une réponse [positive] paraît s'imposer. »⁸¹ En effet, pourquoi le législateur aurait retiré toute référence à l'expression « motifs légitimes » pour la remplacer par six situations d'inapplication autrement que pour éliminer cette possibilité ? D'autre part, un second groupe d'auteurs signale que cette interprétation serait « radicale »⁸², « assez peu réaliste »⁸³ et « aurait des conséquences difficilement admissibles, voire absurdes. »⁸⁴ Selon ceux-ci, « les tribunaux sont toujours fondés à relever l'existence d'un fait justificatif sans qu'un texte particulier soit nécessaire pour cela, de sorte que la mention des motifs légitimes n'était guère utile et qu'il n'y a aucune raison aujourd'hui de limiter les justifications possibles aux seuls cas visés par la loi »⁸⁵.
- 47 Est-ce le rôle des tribunaux de corriger les possibles décisions « radicales », « assez peu réalistes » ou « difficilement admissibles » du législateur ? Telle est l'un des éléments que les tribunaux devront prendre en considération lorsqu'ils se pencheront sur la question de savoir si la justification d'une pratique discriminatoire par un objectif légitime demeure possible malgré l'absence de fondement textuel. D'ici là, la prudence est de mise quant à la possible utilisation de celle-ci. L'enjeu ne s'arrête cependant pas ici dans le cas des plateformes collaboratives. L'imputabilité de ces dernières est également subordonnée à des limitations externes de responsabilité.

B) Les limitations de responsabilité des plateformes collaboratives

- 48 Au début des années 2000, le Parlement européen et le Conseil ont adopté la Directive 2000/31/CE relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur. Élément central de cette Directive, la limitation de responsabilité des plateformes électroniques agissant à titre « d'hébergeur »⁸⁶. Dans un tel cas, la plateforme « ne peut voir sa responsabilité civile et pénale engagée à raison du contenu mis en ligne par les utilisateurs, sauf à n'avoir pas promptement retiré les contenus illicites portés à sa connaissance »⁸⁷. C'est donc dire qu'elle n'a pas l'obligation de « surveiller la légalité et *a fortiori* la qualité des contenus mis en ligne par leurs utilisateurs »⁸⁸.
- 49 Cette limitation de responsabilité, introduite en droit interne français avec la Loi de 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, implique donc une qualification préalable des plateformes numériques : l'éditeur et l'hébergeur. Bien que cette distinction semble inadaptée à la réalité de l'économie collaborative, il faut néanmoins se « raccrocher à ce cadre pour évaluer l'étendue que pourrait prendre la responsabilité des plateformes internet »⁸⁹. L'éditeur peut être défini comme une « entité qui a un rôle sur le contenu du site internet et qui maîtrise ce qui est publié sur le site. »⁹⁰ L'hébergeur, quant à lui, « se contente de stocker des informations sur un site internet pour le compte d'autrui, qui gèrera lui-même son contenu »⁹¹. C'est précisément en raison de son rôle passif que « l'hébergeur n'encourt pas de responsabilité directe pour les contenus stockés sur sa plateforme, mais seulement s'il manque à ses obligations légales, en particulier à son obligation de vigilance et de retrait des contenus illicites dès qu'il en a connaissance »⁹².
- 50 À première vue, il semblerait donc que la plateforme collaborative soit considérée en droit européen comme un « hébergeur »⁹³. Toutefois, ce constat ferait fi de la jurisprudence de la CJUE qui semble prendre acte de la situation particulière de cette économie émergente. En effet, cette Cour est venue préciser que la limitation de responsabilité ne pouvait s'appliquer dès lors que « ledit exploitant a prêté une assistance laquelle [pouvant] notamment consister à optimiser la présentation des offres à la vente en cause ou à promouvoir ces offres »⁹⁴. La Cour de cassation lui a emboîté le pas en écartant la qualité d'hébergeur pour le site web eBay en raison du fait que « la société joue un rôle actif notamment en fournissant à l'ensemble des vendeurs des informations pour leur permettre d'optimiser leurs ventes »⁹⁵. Le Tribunal de Grande Instance de Paris est venu à la même conclusion à propos de Google⁹⁶, mais est ensuite venu brouiller les cartes en considérant que le site de petites annonces gratuites Le Bon Coin constituait un simple hébergeur⁹⁷.
- 51 L'on constate que la frontière est mince entre l'hébergeur et l'éditeur. Compte tenu du rôle actif que jouent les plateformes collaboratives (la mise en relation des utilisateurs, le classement et la mise en page des offres, la sécurisation des transactions, le contrôle du respect d'un code de conduite, la possibilité de sanctionner les utilisateurs contrevenants, etc.), il pourrait être plausiblement soutenu que ces dernières sont davantage que de simples hébergeurs⁹⁸. Toutefois, en raison de l'état incertain de la jurisprudence, il serait imprudent de donner une réponse définitive à un tel enjeu.
- 52 Cela étant dit, dans le cadre des mécanismes de protection contre la discrimination, l'importance de cette qualification préalable est moindre, et ce pour deux raisons. Dans un premier temps, même si les tribunaux venaient à la conclusion qu'une plateforme

collaborative constituait un hébergeur et que les dispositions limitatives de responsabilité étaient applicables, l'incidence sur le délit de discrimination serait minime. En effet, compte tenu du choix du législateur français de faire de la discrimination une infraction pénale intentionnelle, le fait que la Directive requiert la démonstration que l'hébergeur avait effectivement connaissance du caractère illicite du contenu n'alourdit pas le fardeau déjà applicable.

- 53 Dans un deuxième temps, l'article premier de la Directive européenne dispose que celle-ci « ne porte pas atteinte aux mesures prises [...] pour promouvoir la diversité culturelle [...] et assurer la défense du pluralisme ». Il est également prévu que les États peuvent prendre des mesures qui, bien que dérogeant au principe de limitation de responsabilité, ont pour objectif « la lutte contre l'incitation à la haine pour des raisons de race, de sexe, de religion ou de nationalité et contre les atteintes à la dignité de la personne humaine »⁹⁹. Ainsi, il pourrait être soulevé que la limitation de responsabilité des plateformes collaboratives ne s'applique tout simplement pas dans le cadre des mécanismes de protection contre les discriminations. En effet, ceux-ci visent précisément (mais non exclusivement) à promouvoir la diversité culturelle, assurer la défense du pluralisme et lutter contre les atteintes à la dignité¹⁰⁰. Le propre des luttes contre la discrimination est justement de favoriser une société où l'on reconnaît l'égalité de dignité de chaque être humain.
- 54 Bien que l'infraction pénale de discrimination puisse effectivement trouver application dans le cadre de l'économie collaborative, l'on constate que des conditions d'application strictes doivent être préalablement rencontrées par la présumée victime. Cela est d'autant plus vrai à l'égard de la condamnation des plateformes collaboratives, alors qu'il devra au surplus être établi que l'infraction a été commise par l'un des « organes ou représentants » de ces dernières. Plusieurs ont d'ailleurs souligné que « le contraste entre l'importance accordée à l'égalité en théorie et le résultat de la pratique est flagrant, marquant ainsi l'ineffectivité des dispositifs de lutte contre les discriminations. »¹⁰¹ Comment expliquer cette faiblesse du contentieux malgré l'importance du sentiment de discrimination qui perdure en France¹⁰² ?

II L'efficacité de la prohibition des pratiques discriminatoires à l'égard des plateformes collaboratives

- 55 Dans cette dernière partie, nous ciblerons les obstacles pouvant compromettre l'efficacité de la prohibition de discrimination dans le contexte spécifique de l'économie collaborative. L'analyse portera plus précisément sur la responsabilisation des plateformes elles-mêmes. Bien qu'il ne faille pas négliger la possibilité de recours individuels, les solutions globales (et les difficultés) semblent émaner davantage de l'imputabilité des plateformes collaboratives. En effet, ce sont ces dernières qui ont le pouvoir de modifier certains de leurs mécanismes qui attisent les préjugés et stéréotypes. Nous traiterons successivement de la conception formelle (A) et individualisante (B) de l'interdiction pénale de discrimination.

A Une conception formelle de l'égalité

56 Compte tenu de la charge de la preuve stricte exigée (1), l'interdiction pénale de discrimination est en décalage de l'évolution généralement acceptée des mécanismes de protection contre la discrimination (2) qui se concentrent désormais sur les effets discriminatoires. Toutefois, la reconnaissance de la discrimination comme faute civile (3) pourrait permettre d'alléger la charge de la preuve et, incidemment, de favoriser une approche réelle de l'égalité.

1) Une charge de la preuve stricte

57 Comme mentionné précédemment, l'article 225-1 du Code pénal exige du poursuivant qu'il soit en mesure d'établir la volonté discriminatoire de l'accusé. Cette exigence d'intention constitue un lourd obstacle pour la victime de discrimination en général, et plus particulièrement encore dans le cadre de la condamnation des personnes morales. Comment faire la preuve d'un tel élément à l'égard des « organes ou représentants » des plateformes collaboratives ? Comme le rappelle la professeure Cécile Michaud, « le propre de la discrimination réside dans le fait, la plupart du temps, qu'elle ne s'extériorise pas par des propos, des écrits ou autres permettant de la caractériser clairement »¹⁰³. Il arrive d'ailleurs souvent que le « véritable fondement de la décision soit dissimulé derrière des motifs qui, eux, sont légaux »¹⁰⁴. C'est en raison de ces difficultés que le législateur français est intervenu afin de « déplacer »¹⁰⁵ la charge de la preuve, mais uniquement en droit du travail¹⁰⁶.

58 Non seulement le Code pénal alourdit considérablement la charge de la preuve, mais il restreint également le champ d'application de la prohibition à l'égalité formelle. Étant donné que seules les discriminations intentionnelles sont visées, les mécanismes, pratiques ou politiques d'apparence neutres qui entraînent, pour un des motifs illicites, un désavantage disproportionné ne sont pas prohibés. L'attention est uniquement portée sur l'intention ou la volonté plutôt que sur l'effet réel. Dans le contexte de l'économie collaborative, malgré le fait que les plateformes puissent exacerber les comportements discriminatoires, il serait très ardu de faire condamner celles-ci en vertu du Code pénal compte tenu de la neutralité apparente de leurs mécanismes. Cet état de fait est à contre-courant de l'évolution généralement acceptée de la protection contre la discrimination qui se concentre désormais sur les effets discriminatoires, plutôt que sur l'intention, et incidemment sur l'égalité matérielle plutôt que formelle.

2) En décalage de l'évolution du droit à l'égalité

59 Dans le célèbre ouvrage *Éthique à Nicomaque*, Aristote soulignait déjà que l'égalité consiste à « traiter semblablement les choses qui sont semblables, mais aussi à traiter des choses dissemblables de manière dissemblable en proportion de leur dissemblance »¹⁰⁷. D'un point de vue plus contemporain, c'est véritablement la *Théorie de la justice* de John Rawls qui, avec son « principe de la différence », marqua un tournant dans la conception et la protection de l'égalité¹⁰⁸. Selon celui-ci, « l'égalité doit se traduire par le même traitement lorsque rien ne permet de distinguer, à savoir lorsque seule compte la dignité inhérente à chacun. Elle se concrétise toutefois par l'application d'un traitement différent lorsque la situation concrète des individus doit être considérée »¹⁰⁹.

- 60 Cette reconnaissance du fait que « la discrimination peut résulter de l'application d'un traitement uniforme pour tous »¹¹⁰ finit par s'imposer à l'aune du XXI^e siècle. Ainsi, tant la doctrine que les tribunaux ont commencé à admettre que l'égalité « purement formelle conduit souvent à accentuer davantage les inégalités de fait »¹¹¹. Comment peut-on prétendre à l'égalité si une mesure, « aussi égale puisse telle paraître de prime abord, a pour conséquence pratique d'exclure de façon disproportionnée les femmes, les personnes ayant un handicap ou encore certaines minorités ethniques ou religieuses ? »¹¹². Comme le souligne le professeur Daniel Proulx, « le droit à l'égalité, s'il doit signifier quelque chose, doit pouvoir se constater dans les résultats, c'est-à-dire dans les effets d'une politique sur un groupe donné autant que dans ses nobles intentions »¹¹³.
- 61 C'est avec l'arrêt *Duke Power* que cette idée prit son envol aux États-Unis¹¹⁴. Dans cette affaire, la Cour suprême a décrit comme indirectement discriminatoire l'obligation superfétatoire (faite par un employeur envers ses employés) d'avoir un diplôme d'études secondaires alors que cette exigence excluait particulièrement les candidats de couleurs¹¹⁵. S'inspirant de la position américaine, la Cour suprême du Canada a emboîté le pas quelques années plus tard en établissant que « conclure que l'intention constitue un élément nécessaire de la discrimination serait élever une barrière pratiquement insurmontable pour le plaignant qui demande réparation. Il serait extrêmement difficile dans la plupart des cas de prouver le mobile et il serait facile de camoufler ce mobile »¹¹⁶. À cet égard, le plus haut tribunal canadien a ajouté, plus récemment, que :
- 62 « l'égalité réelle, contrairement à l'égalité formelle, n'admet pas la simple différence ou absence de différence comme justification d'un traitement différent. Elle transcende les similitudes et distinctions apparentes. Elle demande qu'on détermine non seulement sur quelles caractéristiques est fondé le traitement différent, mais également si ces caractéristiques sont pertinentes dans les circonstances. L'analyse est centrée sur l'effet réel de la mesure contestée, compte tenu de l'ensemble des facteurs sociaux, politiques, économiques et historiques inhérents au groupe »¹¹⁷.
- 63 Cette conception est partagée par de nombreux organes juridiques internationaux et communautaires. C'est notamment le cas de plusieurs Comités onusiens¹¹⁸, de la Cour européenne des droits de l'Homme¹¹⁹ ainsi que de la Cour de justice des Communautés européennes¹²⁰. Dans un attendu de principe, cette dernière a d'ailleurs reconnu que « la discrimination matérielle [consiste] à traiter soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes »¹²¹.
- 64 Si la protection contre les discriminations demeure un objectif estimable, « elle doit permettre, voire obliger, les différents acteurs de la société à lever les obstacles qui désavantagent injustement les groupes d'individus les moins favorisés et qui les empêchent de jouir concrètement des mêmes droits, services et avantages »¹²². Or, étant donné la portée formelle et stricte de l'infraction pénale de discrimination, les plateformes n'ont actuellement aucune obligation à cet égard. Toutefois, une piste de solution pourrait permettre un allègement du fardeau de preuve ainsi qu'un élargissement de son champ d'application : la discrimination comme faute civile.

3) La discrimination comme faute civile

- 65 L'article 1382 du Code civil dispose que « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». De plus, « chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence »¹²³. La notion de faute civile doit être comprise comme étant « la transgression d'un devoir préexistant »¹²⁴. Ce devoir correspond notamment aux « différentes sources du droit objectif »¹²⁵, telles que la loi et le règlement. Ainsi, le manquement à une obligation légale est constitutif d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil.
- 66 Avec l'adoption de la Loi n° 2008-496, la France a finalement intégré dans son corpus législatif le concept européen de discrimination. À son article deux, il est souligné que toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe ou l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race est interdite en matière d'accès ou de fourniture de biens et services¹²⁶. Il apparaît donc que la transgression de cette loi est constitutive d'une faute civile. En effet, le régime de responsabilité extracontractuelle pourrait fonder toute action en réparation pour discrimination.¹²⁷ Comme le mentionnent les Daniel Borrillo et Thomas Formond, « celui qui s'estime victime d'une discrimination et qui souhaite obtenir réparation du préjudice [...] peut parfaitement envisager la recevabilité d'une action en responsabilité civile résultant de la faute de discrimination, et la condamnation de l'auteur au versement de dommages et intérêts »¹²⁸. Toutefois, force est de constater que « la détermination de la faute civile en matière de discrimination est très incertaine »¹²⁹
- 67 Pourtant, il semble qu'une plus grande ouverture sur la responsabilité civile en matière de discrimination s'avèrerait non seulement envisageable, mais également souhaitable¹³⁰. Cela permettrait, d'une part, d'alléger la charge de la preuve et, d'autre part, de reconnaître la discrimination par effets préjudiciables. En effet, la Loi française de 2008 « généralise la règle de l'aménagement de la charge de la preuve applicable à tous les procès civils »¹³¹. Dans le cadre d'une faute civile de discrimination, le demandeur n'aura qu'à « fournir des éléments de faits susceptibles de caractériser une atteinte au principe de l'égalité de traitement »¹³². Ce rééquilibrage « entend non seulement supprimer la difficulté quasi insurmontable de la nécessité de prouver une intention discriminatoire, mais associe également le défendeur à la récolte des éléments de preuve »¹³³.
- 68 Qui plus est, cette loi vient reconnaître la discrimination indirecte. À son article premier, elle définit celle-ci comme étant « une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes ». Il s'agit là d'un champ d'application plus large que celui visé par le Code pénal. En effet, l'analyse portera ici sur les effets disproportionnés plutôt que sur l'intention. Cette position tend ainsi davantage vers l'égalité matérielle. Selon cette conception, bien que neutres, certains mécanismes que mettent en place les différentes plateformes collaboratives pourraient être jugés indirectement discriminatoires étant donné qu'ils ont pour effet de « faciliter la discrimination systémique et de réduire l'intégration des minorités »¹³⁴. Nul besoin d'établir une quelconque intention ou volonté discriminatoire, ce sont les effets concrets des mesures qui doivent être considérés.

B Une approche individualisante des comportements discriminatoires

- 69 Corolaire de l'approche formelle de l'interdiction pénale de discrimination, l'accent est uniquement mis sur les atteintes individuelles plutôt que structurelles et globales. Il en résulte que cette prohibition a une portée limitée (1). À cet égard, le droit français aurait avantage de s'inspirer de certaines pratiques étrangères, dont celle de la Cour suprême du Canada (2), afin de permettre l'émergence d'une démarche collective (3).

1) Une portée limitée

- 70 Compte tenu de l'exigence d'intention et de la non-reconnaissance du concept de discrimination par effets préjudiciables, l'infraction pénale de discrimination ne s'attarde pas aux sources parfois subtiles et systémiques de l'exclusion. L'objectif est plutôt de déterminer si une personne (ou un « organe ou représentant » dans le cas des personnes morales) est coupable d'avoir volontairement agi de manière discriminatoire. Il ne s'agit pas, en premier lieu, de faire tomber le plafond de verre planant au-dessus de certains groupes de la société française, mais de punir l'auteur.
- 71 Bien qu'une meilleure reconnaissance de la discrimination comme faute civile puisse faciliter la charge de la preuve, force est de constater qu'elle est là aussi limitée au cadre rigide issu d'une logique individuelle. Pourtant, nombreux sont les spécialistes qui constatent que « les actions individuelles ont des difficultés à se déployer [et] n'apportent qu'une réponse individuelle »¹³⁵ à des problématiques structurelles. Bien souvent, la discrimination ne prend pas racine dans une mesure unique, mais dans « une culture institutionnelle comprenant divers biais, préjugés et stéréotypes inconscients »¹³⁶. Comment alors élargir le cadre d'analyse de la protection contre la discrimination afin de permettre une prise en compte de ces conditions institutionnelles et structurelles ?
- 72 Selon certains, l'une des pistes de solutions résiderait dans l'identification « des effets discriminatoires de plus grande portée qui touchent régulièrement un ou plusieurs groupes, grâce à la mobilisation d'une grille de lecture de la discrimination plus appropriée : la discrimination systémique »¹³⁷. Afin de mieux en saisir la portée, analysons la jurisprudence de la Cour suprême du Canada qui, avec celle des États-Unis¹³⁸, a été l'une des premières juridictions à reconnaître l'importance de la notion de discrimination systémique.

2) L'exemple canadien

- 73 De l'avis des tribunaux canadiens, la discrimination est systémique lorsqu'un « nombre disproportionné d'individus appartenant à un groupe identifiable par l'un des motifs énumérés »¹³⁹ subit une différence de traitement résultant d'un « ensemble de faits tels que des politiques institutionnelles, des processus décisionnels, des comportements et des attitudes [qui sont] souvent inconscients et anodins en apparence [...] »¹⁴⁰. L'accent est mis sur l'inaction et la passivité face à un effet d'exclusion érigé en système. Il s'agit d'inciter les différents acteurs de la société à transformer les « normes qui favorisent le statu quo et perpétuent la discrimination »¹⁴¹. À ce propos, il est « absolument essentiel

que les normes, politiques et pratiques institutionnelles soient examinées et modifiées, lorsque cela est possible, dans l'optique de favoriser une meilleure égalité réelle »¹⁴².

- 74 Signalons en outre que malgré son utilité lorsqu'elle est disponible et pertinente, la preuve statistique n'est pas pour autant indispensable. En effet, « plus facile à obtenir dans le contexte de l'emploi que dans celui de la fourniture de services, [celle-ci] peut être difficile à recueillir, sinon être inaccessible pour une ou des victime(s) présumée(s) qui dépendent largement, à cet égard, des politiques de collecte et d'archivage de données de la défense »¹⁴³. En l'absence de statistiques, le tribunal doit analyser de manière détaillée les politiques internes afin de vérifier si, « malgré leur neutralité apparente, certains éléments seraient susceptibles d'engendrer, sur la base de préjugés et de stéréotypes, un traitement discriminatoire et défavorable »¹⁴⁴.
- 75 Alors que l'acceptation de la discrimination par effets préjudiciables vient admettre qu'une politique neutre peut tout de même être discriminatoire dans les faits, la discrimination systémique va plus loin. Elle se rapporte à la pluralité de causes ne pouvant remplir isolément la preuve *prima facie* de discrimination, mais qui, lorsque conjuguées, entraînent un effet discriminatoire structurel¹⁴⁵. À défaut d'accepter une reconnaissance similaire, les tribunaux français « risquent de se bloquer sur une stricte logique du face-à-face et de s'enfermer dans l'impératif de la production de la preuve »¹⁴⁶. Or, avec le Projet de loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle, il semble légitime de croire à l'émergence prochaine d'une démarche collective.

3) L'émergence d'une démarche collective

- 76 Le 24 mai dernier a été adopté par l'Assemblée nationale le Projet de loi de modernisation de la justice au XXI^e siècle. Dans celui-ci est notamment présenté un nouveau dispositif intitulé « l'action de groupe en matière de discriminations »¹⁴⁷. L'intégration de cette action dans le corpus législatif français vient permettre à plusieurs personnes physiques, placées dans une situation similaire, qui subissent un dommage causé par une même personne, d'exercer une action de groupe en justice. Bien que ce concept tende davantage vers la notion nord-américaine de « recours collectif » qu'à celle de discrimination systémique¹⁴⁸, les objectifs sous-tendant la reconnaissance de ces deux mécanismes sont semblables : « permettre d'envisager la réparation de préjudices difficilement réparables au titre de l'action individuelle »¹⁴⁹.
- 77 À cet égard, la prise de conscience des effets pervers de l'approche individualisante doit être accueillie positivement. Elle marque le point de départ d'une ouverture vers une démarche plus collective de la lutte contre les discriminations et servira sans doute, comme le souligne la professeure Mercat-Bruns, à cerner les contours de la notion de discrimination systémique, absente du droit français¹⁵⁰. Pour ce faire, cette dernière propose un cadre d'analyse qui, de manière similaire à la jurisprudence canadienne, suppose de « détecter la nature des pratiques ou règles discriminatoires constitutives du système, la portée et les contours de ces discriminations à travers les critères de rattachement à une situation discriminatoire que produit le système »¹⁵¹.
- 78 Étant donné leurs caractères diffus, ces « pratiques ne seront jamais décelées par la seule preuve isolée d'un acte discriminatoire déterminé, lié précisément à un auteur déterminé ou une règle déterminée s'il s'agit d'une discrimination indirecte »¹⁵². L'adaptation du régime probatoire est donc essentielle. Appliqué au cadre de la loi n° 2008-496, le ou les demandeurs devront tout d'abord être en mesure de présenter

des éléments de faits susceptibles de caractériser une atteinte au principe de l'égalité de traitement¹⁵³. Dans le contexte de la discrimination systémique, les tribunaux doivent faire preuve de souplesse en favorisant une analyse globale plutôt qu'axée sur une politique ou mesure particulière. Une fois cet élément rencontré, il y aura déplacement du fardeau de la preuve et le défendeur pourra soulever « les efforts déjà entrepris pour élaborer des plans d'actions positives afin de compenser les inégalités structurelles »¹⁵⁴.

- 79 Dans le cadre de l'économie collaborative, l'ouverture du droit français au concept de discrimination systémique permettrait une meilleure prise en compte des différents facteurs qui structurent les différences de traitement subies par certains groupes d'utilisateurs. Les plateformes collaboratives ne pourraient se contenter d'une position passive devant le fait qu'elles « facilitent la discrimination systémique et réduisent l'intégration des minorités »¹⁵⁵. La seule exigence d'affichage du patronyme ne permettrait pas, prise isolément, de conclure à la responsabilité de la plateforme. Cependant, si l'on ajoute à cette exigence celle de la photo, du profil personnel, de la nationalité ainsi que de la possibilité de refuser sans justification la demande de service, une structure potentiellement discriminatoire commence à se dessiner.
- 80 Le portrait global est finalement complété par les diverses études constatant non seulement que certains préjugés et stéréotypes sont enracinés dans la société française, mais également que les utilisateurs issus de minorités subissent systématiquement des différences de traitement au sein des nouvelles plateformes collaboratives¹⁵⁶. Le tableau est donc complet. Reste maintenant à souhaiter que l'évolution de la jurisprudence tienne vers la reconnaissance du fait que « l'invocation d'une seule notion de discrimination n'est pas toujours suffisant pour expliquer la combinaison de discriminations à l'œuvre »¹⁵⁷.
- 81 Le poète Jacques Prévert affirmait que « chaque réussite est l'échec d'autre chose »¹⁵⁸. À cet égard, la réussite de l'économie collaborative ne doit pas témoigner de l'échec des mécanismes de protection contre la discrimination. Ces nouveaux modes de consommation ne sauraient, sous le couvert de la liberté contractuelle, fragmenter la société française. Tant chéri, le principe d'égalité et son pendant, la protection contre la discrimination, se doivent d'évoluer afin de répondre à une réalité conceptuelle inexistante au moment de leur éclosion. Comme l'a mentionné le député Pascal Terrasse dans un rapport au Premier ministre, « pour que ces transformations portent pleinement leurs fruits, la France doit rester pionnière »¹⁵⁹.
- 82 C'est dans cette perspective évolutive que s'est inscrite la présente analyse. À cet égard, nous avons, tout d'abord, mis en lumière les risques de discrimination associés à l'émergence de l'économie collaborative. Il a ensuite été déterminé que les articles 225-1 et suivants du Code pénal pouvaient en principe permettre de condamner tant le particulier fournisseur de service que (dans certaines circonstances bien précises) la plateforme en cas de pratiques discriminatoires. Toutefois, alors que les solutions globales semblent émaner davantage de l'imputabilité des plateformes, l'efficacité des mécanismes de protection contre la discrimination vis-à-vis de ces dernières semble compromise par l'approche formelle et individualisante favorisée par les tribunaux français.
- 83 Le constat est donc que les mécanismes de protection contre la discrimination peuvent possiblement constituer un frein à la matérialisation des risques de discriminations liés à l'émergence de l'économie collaborative, à condition d'évoluer vers une approche

matérielle et systémique. Cela dit, cette avenue ne constitue que l'une des alternatives envisageables. À cet égard, tant l'intervention gouvernementale que la pression collective sont également susceptibles d'inciter (sinon de contraindre) les différentes plateformes à modifier l'architecture des mécanismes offerts afin de prévenir les pratiques discriminatoires¹⁶⁰.

- 84 Dans la première de ces éventualités, le gouvernement pourrait par exemple interdire l'affichage d'informations relatives aux motifs illicites de discrimination préalablement à l'acceptation de la demande de service¹⁶¹. De cette manière, bien que les évaluations demeureraient affichées, l'on diminuerait la possibilité de refus fondés sur des préjugés ou de stéréotypes¹⁶². À défaut d'intervention gouvernementale, la pression collective pourrait également s'avérer opportune. Soucieuses de leur image, les plateformes seraient alors incitées à prendre des mesures concrètes afin de limiter la propension de leurs mécanismes aux comportements discriminatoires. L'on constate donc que plusieurs alternatives s'offrent aux différents acteurs de la société afin de contrer la concrétisation des risques de pratiques discriminatoires liés à l'émergence de l'économie collaborative. Ne reste plus qu'à agir.

NOTES

2. Par souci d'anonymat, Ahmed est un nom fictif. Toutefois, le réel prénom est également associé à la culture arabe. Nous utilisons son expérience non pas pour démontrer l'existence de pratiques discriminatoires, mais uniquement afin de préciser l'objet de l'article.
3. Rachel BOTSCHAN, « The Sharing Economy Lacks a Shared Definition », Collaborative consumption, Nov. 22, 2013, <http://www.collaborativeconsumption.com/2013/11/22/the-sharing-economy-lacks-a-shared-definition/>, consulté le 14 avril 2016.
4. Pascal TERRASSE, « Rapport au premier ministre sur l'économie collaborative », février 2016, < <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/164000100.pdf>>, consulté le 15 avril 2016, p. 9.
5. Le Pôle interministériel de Prospective et d'Anticipation des Mutations économiques (Pipame), « Enjeux et perspectives de la consommation collaborative », juin 2015, < <http://www.entreprises.gouv.fr/files/files/directionservices/etudes-et-statistiques/prospective/Numerique/2015-07-Consommation-collaborative-Rapport-final.pdf>>, consulté le 15 avril 2016, p. 63.
6. Pascal TERRASSE, « Rapport au premier ministre sur l'économie collaborative », préc., note 4, p. 11.
7. PIPAME, « Enjeux et perspectives de la consommation collaborative », préc., note 5, p. 38.
8. Plateforme de location de logements/chambres entre particuliers, sous réserve d'une contrepartie monétaire.
9. Plateforme de transport de courte ou moyenne distance entre particuliers, sous réserve d'une contrepartie monétaire.
10. Plateforme de transport de moyenne ou longue distance entre particuliers. L'accent est mis sur le partage des coûts plutôt que sur le profit.
11. PIPAME, « Enjeux et perspectives de la consommation collaborative », préc., note 5, p. 16.

12. Deloitte Access Economics, « The sharing economy and the Competition and Consumer Act - Australian Competition and Consumer Commission », 2015, < <https://www.accc.gov.au/system/files/Sharing%20Economy%20-%20Deloitte%20Report%20-%202015.pdf>>, consulté le 15 avril 2016, p. ii.
13. Nancy LEONG and Aaron BELZER, « The new public accommodation », 105 *Georgetown Law Journal* 2017, p. 21.
14. Benjamin G. EDELMAN, Michael LUCA and Dan SVIRSKY, « Racial Discrimination in the Sharing Economy : Evidence from a Field Experiment », *Harvard Business school* [À paraître], p. 5.
15. *Id.*, p. 8.
16. Airbnb.fr, « Pourquoi dois-je avoir un profil ou une photo de profil Airbnb ? », < <https://www.airbnb.fr/help/article/67/why-do-i-need-to-have-an-airbnb-profile-or-profile-photo>>, consulté le 4 mai 2016.
17. Uber.com, « Sécurité au volant - Notre engagement pour les chauffeurs », < <https://www.uber.com/fr/drive/safety/>>, consulté le 5 mai 2016.
18. Uber.com, « Pro-tips on your profile picture », < <http://ubersouthflorida.com/blog/2015/7/13/pro-tips-on-your-profile-picture-and-safe-rides-fee>>, consulté le 5 mai 2016.
19. BlaBlaCar.fr, « Pourquoi ajouter ma photo, comment faire ? », < <https://www.blablacar.fr/faq/question/pourquoi-ajouter-ma-photo-comment-faire>>, consulté le 5 mai 2016.
20. *Id.*
21. *Id.*
22. Katie FINLEY, « Trust in the Sharing Economy : An Exploratory Study », *Centre for Cultural Policy Studies - The University of Warwick*, September 2013, p. 47.
23. C'est pour cette raison que les lois françaises interdisent aux fournisseurs de services de l'industrie traditionnelle de requérir certains documents préalablement à la conclusion de l'entente. Voir l'art. 162 de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 dispose que « le bailleur ne peut demander au candidat à la location de produire une photographie d'identité. »
24. Twitter.com - Shankar Vedantam (@HiddenBrain), 29 avril 2016, < <https://twitter.com/HiddenBrain/status/726079038557659136>>, consulté le 8 mai 2016.
25. Notamment The Washington Post, « Can civil-rights law stop racial discrimination on Airbnb ? », 1 mai 2016, < <https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2016/05/01/can-civil-rights-law-stop-racial-discrimination-on-airbnb>>, consulté le premier mai 2016. ; The Guardian, « Airbnb : how US civil rights laws allow racial discrimination on the site », 6 mai 2016, < <https://www.theguardian.com/technology/2016/may/06/airbnb-racism-civil-rights-laws-sharing-economy>>, consulté le 8 mai 2016.
26. Benjamin G. EDELMAN, Michael LUCA and Dan SVIRSKY, « Racial Discrimination in the Sharing Economy : Evidence from a Field Experiment », préc., note 14.
27. *Id.*, p. 4.
28. *Id.*
29. *Id.*, p. 15
30. *Id.*
31. *Id.*, p. 12.
32. Benjamin G. EDELMAN and Michael LUCA, « Digital Discrimination : The Case of Airbnb.com », *Harvard Business School Working Paper*, 2014, p. 1.
33. *Id.*, p. 2.
34. Dayne LEE, « How Airbnb Short-Term Rentals Exacerbate Los Angeles's Affordable Housing Crisis : Analysis and Policy Recommendations », *Harvard Law and Policy Review* 10 :1 (2016), p. 229, à la p. 244.
35. *Id.*
36. Michael TODISCO, « Share and Share Alike ? Considering Racial Discrimination in the Nascent Room-Sharing Economy », 67 *San. L. Rev. Online* 121, March 2015, p. 122.

37. Nancy LEONG and Aaron BELZER, « The new public accommodation », préc, note 13, p. 18.
38. *Id.*, p. 30.
39. Marianne BERTRAND and Sendhil MULLAINATHAN, « Are Emily and Greg More Employable Than Lakisha and Jamal? A Field Experiment on Labor Market Discrimination », *American Economic Review*, 2004, V. 94, à la p. 991.
40. Deloitte Access Economics, « The sharing economy and the Competition and Consumer Act - Australian Competition and Consumer Commission », préc., note 12, p. 56.
41. L'une des explications semble émaner du fait que cet enjeu n'avait pas encore été soulevé en France.
42. Jean-François AMADIEU, « Vraies et fausses solutions aux discriminations », *Formation emploi*, 101 | 2008, pp. 89-104.
43. *Id.*, p. 95.
44. *Id.*
45. *Id.*, p. 94.
46. Philippe BATAILLE, *Le racisme au travail*, La Découverte, 1997, p. 108.
47. *Id.*, p. 110.
48. Sandrine FOULON, « Mieux vaut s'appeler Nathalie que Samira », *Alternatives économiques* 12/2015 (N° 352), p. 85-85.
49. Eva MENDUINA GORDON, « Le principe de liberté contractuelle, un frein à l'effectivité du droit de la non-discrimination dans l'accès au logement privé ? », *La Revue des droits de l'homme*, 9 | 2016, par. 3.
50. *Id.* Mentionnons également qu'une enquête de l'Institut français d'opinion publique sur les discriminations a relevé que « pour 82 % de la population française, les discriminations dans l'accès à un logement locatif sont fréquentes. » (« Enquête sur les discriminations dans l'accès au logement locatif », 5 novembre 2012.)
51. *Id.*
52. Jean-François AMADIEU, « Vraies et fausses solutions aux discriminations », préc., note 42, p. 90.
53. PIPAME, « Enjeux et perspectives de la consommation collaborative », préc., note 5, p. 16. ; Pascal TERRASSE, « Rapport au premier ministre sur l'économie collaborative », préc., note 4, p. 9.
54. Patrick MARSHALL, « The Sharing Economy », *Sage Business Researcher*, Aug. 3, 2015, <http://businessresearcher.sagepub.com/sbr-1645-96738-2690068/20150803/the-sharing-economy>, consulté le 24 avril 2016.
55. Édouard DUBOUT, « Principe d'égalité et droit à la non-discrimination », dans *JurisClasseur*, coll. « Libertés », fasc. 500, 2009, par. 1.
56. *Id.*
57. Cécile MICHAUD, « La preuve des discriminations en droit du travail », *La Semaine Juridique Sociale*, n° 46, 13 Novembre 2012, 1481, par. 1.
58. Maurice DRAPEAU et Alexis AUBRY, « La discrimination fondée sur le handicap ou le moyen pour y pallier : concepts fondamentaux et évolution nécessaire », (2015) 74 *Revue du Barreau du Québec* 415, p. 421.
59. Jean-Marie WOEHLING, « Le droit français de la lutte contre les discriminations à la lumière du droit comparé », *Informations sociales* 2008/4 (n° 148), p. 58-71, à la p. 65.
60. Notamment le Code des transports, art. L. 1111-1 et 1112-1.
61. Daniel BORRILLO et Thomas FORMOND, *Homosexualité et discriminations en droit privé*, La Documentation française, Paris, 2007, p. 35. Ce constat est d'autant plus saillant dans le cadre de l'accès aux biens et services où les décisions des tribunaux français et du Défenseur des droits se réfèrent presque exclusivement aux dispositions pénales.

62. Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE, « Discrimination », dans *Jurisclasseur*, coll. Pénal Code, fasc. 20, Mai 2011 (dernière mise à jour : Décembre 2015), par. 38.
63. Michel DANTI-JUAN, « Discriminations » dans *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, septembre 2014 (actualisation : janvier 2016), par. 10-11. ; Murielle BÉNÉJAT, « Les sanctions des discriminations dans les transports », *Revue de droit des transports* n° 2, Avril 2014, étude 4, par. 21-22.
64. Le professeur Jean-Yves MARÉCHAL souligne que « le texte de l'article 121-2, tout en affirmant cette forme de responsabilité pénale, ne l'a pas détachée de celle des personnes physiques, l'intervention de ces dernières restant a priori indispensable. Voir « Responsabilité pénale des personnes morales », dans *Jurisclasseur*, Coll. Pénal Code, Fasc. 20, Décembre 2014 (dernière mise à jour : Février 2016), par. 6.
65. *Id.*, par. 77.
66. *Id.*
67. *Id.*, par. 80.
68. Tels que des mécanismes, décisions ou politiques discriminatoires adoptés par des représentants ou organes de la plateforme collaborative (personne morale).
69. Murielle BÉNÉJAT, « Les sanctions des discriminations dans les transports », préc., note 63, par. 9.
70. CA Paris, 8 juin 2010, pourvoi n° 08/08286.
71. Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE, « Discrimination », préc., note 62, par. 42.
72. Ce qui a amené la doctrine à considérer que la notion de bien et service désigne « toutes les prestations, même à titre gratuit. » Voir Michel DANTI-JUAN, « Discriminations », préc., note 63, par. 12.
73. Cass. crim., 14 nov. 2006, pourvoi n° 05-85.565. ; Cécile MICHAUD, « La preuve des discriminations en droit du travail », préc., note 57, par. 14.
74. Michel DANTI-JUAN, « Discriminations », préc., note 63, par. 41-42.
75. Édouard DUBOUT, « Principe d'égalité et droit à la non-discrimination », préc., note 55, par. 114.
76. Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE, « Discrimination », préc., note 62, par. 119.
77. Comme susmentionné, l'article 121-2 précise que l'infraction doit avoir été accomplie pour le compte de l'entité, par l'un de ses organes ou représentants.
78. Prévues à l'art. 225-3 (6) : « [...] aux discriminations liées au lieu de résidence lorsque la personne chargée de la fourniture d'un bien ou service se trouve en situation de danger manifeste. »
79. Loi n° 72-546 du 1 juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme, art. 7.
80. Michel DANTI-JUAN, « Discriminations », préc., note 63, par. 48.
81. Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE, « Discrimination », préc., note 62, par. 83.
82. *Id.*
83. *Id.*
84. *Id.*
85. Michel DANTI-JUAN, « Discriminations », préc., note 63, par. 53.
86. Prévues à l'art. 14 de la Directive. Aussi, Loïc JOURDAIN, Michel LECLERC et Arthur MILLERAND, *Économie collaborative et droit - Les clés pour comprendre*, Éditions Fyp, Limoges, 2016, p. 61-62.
87. Pascal TERRASSE, « Rapport au premier ministre sur l'économie collaborative », préc., note 4, p. 30.
88. *Id.*
89. Loïc JOURDAIN, Michel LECLERC et Arthur MILLERAND, *Économie collaborative et droit - Les clés pour comprendre*, préc., note 86, p. 60-61-62.
90. *Id.*, p. 61.
91. *Id.*

92. *Id.*, 62.
93. Pascal TERRASSE, « Rapport au premier ministre sur l'économie collaborative », préc., note 4, p. 30.
94. CJUE, 12 juillet 2011, *L'Oréal SA*, C-324/09. Voir également CJUE, 23 mars 2010, *Google France et Google*, C-236/08.
95. Cass. Com., 3 mai 2012, pourvoi n° 11-10.508. ; Pascal TERRASSE, « Rapport au premier ministre sur l'économie collaborative », préc., note 4, p. 31.
96. TGI de Paris, 6 novembre 2013, *Mosley c. Google Inc.*
97. TGI de Paris, 4 décembre 2015, *société Le Bon Coin*.
98. Pascal TERRASSE, « Rapport au premier ministre sur l'économie collaborative », préc., note 4, p. 31. La même question s'est posée aux États-Unis alors que l'art. 230 Communications Decency Act limite la responsabilité des plateformes d'une manière similaire à la Directive. Dans la décision *Housing Counsel of San Fernando Valley v. Roomates.com*, 521 F.3d 1157 (9th Cir. 2008), le tribunal a déterminé que la responsabilité pour discrimination de la plateforme de mise en contact de colocataires Roomates.com n'était pas limitée par la Communications Decency Act étant donné que les utilisateurs doivent afficher une multitude d'informations personnelles. La cour a reconnu qu'un site web qui aide à développer un contenu illicite ne peut voir sa responsabilité limitée si elle y contribue matériellement.
99. Article 3 de la Directive.
100. Murielle BÉNÉJAT, « Les sanctions des discriminations dans les transports », préc., note 63, par. 29.
101. Cécile MICHAUD, « La preuve des discriminations en droit du travail », préc., note 57, par. 5.
102. Édouard DUBOUT, « Principe d'égalité et droit à la non-discrimination », préc., note 55, par. 15.
103. Cécile MICHAUD, « La preuve des discriminations en droit du travail », préc., note 57, par. 6. ; Michel DANTI-JUAN, « Discriminations », préc., note 63, par. 41.
104. Cécile MICHAUD, « La preuve des discriminations en droit du travail », préc., note 57, par. 6.
105. Édouard DUBOUT, « Principe d'égalité et droit à la non-discrimination », préc., note 55, par. 109.
106. Murielle BÉNÉJAT, « Les sanctions des discriminations dans les transports », préc., note 63, par. 11.
107. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Paris, Flammarion, 1992, V, III, spécialement p. 142.
108. John RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, p. 83.
109. Daniel PROULX « Le droit à l'égalité : pierre angulaire de la Charte québécoise ? » (2015) hors-série *R.Q.D.I.* 61, p. 64.
110. Daniel PROULX, « Le droit à l'égalité », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit constitutionnel », fasc. 9, Montréal, LexisNexis Canada, 2014, par. 94.
111. Daniel PROULX « Le droit à l'égalité : pierre angulaire de la Charte québécoise ? », préc., note 109, p. 65 ; Jean RIVERO, *Les libertés publiques*, Paris, PUF, 1973 à la p. 60-61.
112. Daniel PROULX « Le droit à l'égalité : pierre angulaire de la Charte québécoise ? », préc., note 109, p. 66.
113. *Id.*
114. *Griggs v. Duke Power Co*, 401 US 424 (1971).
115. *Id.*
116. *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 RCS 536, par. 14.
117. *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, par. 39.
118. Notamment le Comité sur l'élimination des discriminations raciales (Comité EDR) et le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (Comité EDEF).
119. Notamment : CEDH, 6 avr. 2000, n° 3469/97, *Thlimmenos c/ Grèce*, par. 44. ; CEDH, 18 janv. 2001, n° 27238/95, *Chapman c/ Royaume-Uni*.

120. Notamment : CJCE, 17 juill. 1963, aff. 13/63, *Italie c/ Commission* ; CJCE, 30 juin 1998, aff. C 394/96, *Brown c/ Rentokil Ltd.* ; CJCE, 2 oct. 2003, aff. C-148/02, *C. Garcia Alvello c/ État belge.* ; CJCE 30 mars 2004, aff. C-147/02, *Alabaster*.
121. CJCE, 17 juill. 1963, préc., par. 4.
122. Daniel PROULX « Le droit à l'égalité : pierre angulaire de la Charte québécoise ? », préc., note 109, p. 65.
123. Code civil, art. 1383.
124. Patrice JOURDAIN, « Responsabilité fondée sur la faute », dans *JurisClasseur*, coll. « Responsabilité civile et assurance », fasc. 120-10, 7 Novembre 2011, par. 21
125. *Id.*, par. 23
126. Le Projet de loi de modernisation de la justice du XXIème siècle vient élargir ces motifs.
127. Murielle BÉNÉJAT, « Les sanctions des discriminations dans les transports », préc., note 63, par. 29.
128. Daniel BORRILLO et Thomas FORMOND, *Homosexualité et discriminations en droit privé*, préc., note 61, p. 37.
129. Murielle BÉNÉJAT, « Les sanctions des discriminations dans les transports », préc., note 63, par. 29.
130. Comme le mentionne la professeure Bénéjat, « le défaut d'infraction pénale faute d'élément intentionnel n'empêche pas de prononcer une condamnation civile sur le fondement d'une faute d'imprudence ou d'une responsabilité sans faute. » (*Id.*, par. 28.)
131. Laurence PÉRU-PIROTTE, « La lutte contre les discriminations : loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 », *La Semaine Juridique Social* n° 23, 3 Juin 2008, 1314, par. 12. À cet effet, voir l'article 4 de la Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008.
132. Édouard DUBOUT, « Principe d'égalité et droit à la non-discrimination », préc., note 55, par. 109.
133. *Id.*
134. Dayne LEE, « How Airbnb Short-Term Rentals Exacerbate Los Angeles's Affordable Housing Crisis : Analysis and Policy Recommendations », préc., note 34, p. 244. Notons aussi que, comme nous l'avons soutenu précédemment, la Directive 2000/31/CE ne s'applique pas dans le cadre de la protection contre les discriminations.
135. Frédéric GUIOMARD, « L'action de groupe peut-elle contribuer à lever les freins à l'action contentieuse ? », *La Revue des droits de l'homme*, 9 | 2016, par. 25.
136. Béatrice VIZKELETY, « Les développements jurisprudentiels relatifs à l'« égalité réelle » en emploi : maintenant aux employeurs d'agir », dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec*, Le Tribunal des droits de la personne – 25 ans d'expérience en matière d'égalité, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, p. 67.
137. Marie MERCAT-BRUNS, « L'identification de la discrimination systémique », *Revue de droit du travail*, 2015, 672, à la p. 673.
138. Marie MERCAT-BRUNS, « Appartenance syndicale, sexe, âge et inégalités : vers une reconnaissance de la discrimination systémique ? », *Revue de droit du travail*, 2015, p. 660.
139. Daniel PROULX, « Le droit à l'égalité », préc., note 110, par. 94.
140. *Gaz métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201, par. 47. Voir également *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gaz métropolitain inc.*, 2008 QCTDP 24, par. 36 ainsi que *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 RCS 1114.
141. Béatrice VIZKELETY, « Les développements jurisprudentiels relatifs à l'« égalité réelle » en emploi : maintenant aux employeurs d'agir », préc., note 136, p. 61.
142. *Id.*, p. 62.

143. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gaz métropolitain inc.*, préc., note 140, par. 63 et 67.
144. *Id.*, par. 64.
145. Marie MERCAT-BRUNS, « L'identification de la discrimination systémique », préc., note 137, p. 675. ; Marie MERCAT-BRUNS, « Appartenance syndicale, sexe, âge et inégalités : vers une reconnaissance de la discrimination systémique ? », préc., note 138, p. 660.
146. Philippe BATAILLE, *Le racisme au travail*, préc., note 46, p. 129.
147. Prévu à l'art. 19. Et plus spécifiquement les discriminations prévues par la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.
148. Il s'agit de la situation où plusieurs victimes décident de faire front commun afin d'obtenir réparation ou cessation d'une pratique fautive. Or, les tribunaux peuvent parfaitement déceler une situation de discrimination systémique sans pour autant qu'une action de groupe n'ait été exercée.
149. Frédéric GUIOMARD, « L'action de groupe peut-elle contribuer à lever les freins à l'action contentieuse ? », préc., note 135, par. 9.
150. Marie MERCAT-BRUNS, « Appartenance syndicale, sexe, âge et inégalités : vers une reconnaissance de la discrimination systémique ? », préc., note 138, p. 660.
151. *Id.*
152. Marie MERCAT-BRUNS, « L'identification de la discrimination systémique », préc., note 137, p. 675.
153. Édouard DUBOUT, « Principe d'égalité et droit à la non-discrimination », préc., note 55, par. 109.
154. Marie MERCAT-BRUNS, « L'identification de la discrimination systémique », préc., note 137, p. 675.
155. Dayne LEE, « How Airbnb Short-Term Rentals Exacerbate Los Angeles's Affordable Housing Crisis : Analysis and Policy Recommendations », préc., note 34, p. 244.
156. *Id.*
157. Marie MERCAT-BRUNS, « Appartenance syndicale, sexe, âge et inégalités : vers une reconnaissance de la discrimination systémique ? », préc., note 138, p. 660.
158. Jacques PRÉVERT, *Fatras*, Folio, 1966.
159. Pascal TERRASSE, « Rapport au premier ministre sur l'économie collaborative », préc., note 4, p. 6.
160. Solutions également envisagées par Michael TODISCO, « Share and Share Alike ? Considering Racial Discrimination in the Nascent Room-Sharing Economy », préc., note 36, p. 128.
161. Comme nous l'avons vu, plusieurs lois françaises interdisent déjà aux fournisseurs de services de l'industrie traditionnelle de requérir certains documents pour prévenir les comportements discriminatoires. Voir notamment l'art. 162 de la Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale.
162. La Directive 2000/31/CE ne pourrait être utilisée à titre d'échappatoire pour ne pas légiférer. Au contraire, « en vertu de la systématisation des droits de l'Homme, l'État doit respecter, protéger et réaliser les droits fondamentaux. Il doit donc ne pas lui-même discriminer, mais il doit également protéger les individus contre des discriminations provoquées par d'autres individus et mettre en œuvre des politiques publiques permettant effectivement de combattre la discrimination. » (Sophie GROSBON, « Regard critique des comités onusiens sur la lutte contre les discriminations à la française », *La Revue des droits de l'homme*, 9 | 2016, par. 13.)

RÉSUMÉS

Une nouvelle économie axée sur l'utilisation plus efficace des biens a vu le jour au cours des dernières années : l'économie collaborative. Désormais présente et fleurissante dans de nombreuses sphères de l'économie française, cette nouvelle réalité a entraîné son lot de préoccupations. L'une d'elles, moins traitée en France, est le fait que ces plateformes constituent un terrain fertile pour les pratiques discriminatoires. Puisqu'elles requièrent généralement l'affichage d'une photo, d'un profil public et de nombreuses informations personnelles, certains préjugés et stéréotypes enracinés dans la conscience collective sont susceptibles d'entrer en jeu et d'entraîner des différences de traitements. Dans ce texte, l'auteur examine l'applicabilité et l'efficacité des mécanismes français de protection contre la discrimination face à ces risques. Autrement dit, ces mécanismes sont-ils adaptés à la nouvelle réalité proposée par les Airbnb, Uber et BlaBlaCar de ce monde ?

A new economy based on the efficient use of goods has emerged in recent years : the sharing economy. Now flowering in many spheres of the French economy, this new reality has led to many concerns. One of them, less discussed in France, is the fact that these collaborative platforms provide a fertile ground for discrimination. Given the fact that they generally require the display of a photo, a public profile and many personal informations, prejudices and stereotypes rooted in the collective consciousness may come into play and lead to adverse treatments. In this text, the author analyzes the applicability and effectiveness of the protection against discrimination to these risks. In other words, are these mechanisms adapted to the new reality proposed by the Airbnb, Uber and BlaBlaCar of this world ?

INDEX

Mots-clés : discrimination, économie collaborative, économie du partage, égalité, code pénal, droits et libertés fondamentaux, droits de l'Homme, préjugés, stéréotypes, égalité réelle, discrimination systémique.

AUTEUR

ALEXIS AUBRY

Alexis Aubry est Juris Doctor en Common Law (J.D., Canada). Il est titulaire d'une maîtrise en droit (LL.M., Canada) et Master 2 droits de l'Homme (Lyon, major de promotion).